

Braucht man eine Baugenehmigung für eine Photovoltaikanlage?

Anmerkungen zum Beschluss des OVG Münster vom 20.9.2010 (Az. Z B 985/10)

I. Ausgangssituation

Bis dato war man allgemein davon ausgegangen, für die Errichtung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach eines Gebäudes keine Baugenehmigung zu bedürfen. Das hatte seinen Grundlage in § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW ¹:

(1) Die Errichtung oder Änderung folgender baulicher Anlagen sowie anderer Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 bedarf keiner Baugenehmigung:

Solarenergieanlagen auf oder an Gebäuden oder als untergeordnete Nebenanlagen.

In seinem Beschluss vom 20.9.2010 (Az. 7 B 985/10) ² hat das OVG Münster eine Baugenehmigung verlangt. Es ging um folgenden Sachverhalt:

Ein Anlagenbetreiber hatte eine Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Reithalle errichtet, die im Eigentum eines Landwirts stand. Die Kosten für die Anlage beliefen sich auf 320.000 €. Eine Baugenehmigung hatte der Anlagenbetreiber nicht.

Dem Anlagenbetreiber wurde die Nutzung der Anlage untersagt. Des Weiteren wurde ihm ein Zwangsgeld angedroht. Gegen diese Nutzungsuntersagung und die Androhung des Zwangsgelds erhob er Klage vor dem Verwaltungsgericht und beantragte in einem Eilverfahren, die aufschiebende Wirkung seiner Klage anzuordnen bzw. wiederherzustellen.

Das Verwaltungsgericht, also die erste Instanz, gab seinem Antrag statt. Das Oberverwaltungsgericht ³ hob diese Entscheidung auf und lehnte den Antrag auf Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung ab.

¹ Im Folgenden wird ausschließlich auf die Bestimmungen der Bauordnung NRW Bezug genommen. Bauordnungsrecht ist aber Landesrecht, d.h. in anderen Bundesländern sind die Bestimmungen der Bauordnung des jeweiligen Bundeslandes anzuwenden. Auch wenn mir nicht die Bestimmungen aller 16 Landesbauordnungen bekannt sind, gehe ich davon aus, dass sie Parallelregelungen zu den in NRW geltenden Bestimmungen beinhalten.

² Im Internet veröffentlicht unter:

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2010/7_B_985_10beschluss20100920.html

³ In anderen Bundesländern (Hessen, Bayern) wird die zweite Instanz im Verwaltungsrechtsweg als Verwaltungsgerichtshof bezeichnet.

Die Begründung des OVG lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Ausgangspunkt der Argumentation des OVG ist § 63 Abs. 1 BauO NRW⁴. Danach bedürfen die Errichtung, die Änderung, die **Nutzungsänderung** und der Abbruch baulicher Anlagen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 65 – 67, 79 und 80 BauO NRW nichts anderes bestimmt ist.

Die Reithalle wurde bis zur Errichtung der Photovoltaikanlage ausschließlich zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt. Mit der Errichtung der Photovoltaikanlage kam eine gewerbliche Nutzung hinzu, so dass eine Nutzungsänderung vorliegt. Diese Nutzungsänderung bleibt trotz der Regelung in § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO **genehmigungspflichtig**⁵.

Diese Auslegung hat - so das OVG - nicht zur Folge, dass § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO leerläuft. Genehmigungsfrei bleiben auch weiterhin Solarthermieanlagen und Inselanlagen⁶. Das OVG hält eine Baugenehmigung insbesondere dann erforderlich, wenn⁷:

- zu einer privilegierten Nutzung im Außenbereich eine gewerbliche Nutzung hinzutritt oder
- eine gewerbliche Nutzung in ein reines Wohngebiet hineingetragen wird.

II. Konsequenzen

Für den Anlagebetreiber hat der Beschluss des Oberwaltungsgerichts Münster zur Folge, dass er die Nutzung der Photovoltaikanlage sofort einstellen muss und keine Einnahmen mehr erzielt. Wenn er dies nicht tut, wird ein Zwangsgeld gegen ihn festgesetzt. Dieses Zwangsgeld wird er zahlen müssen. Tut er dies nicht, wird vollstreckt. Danach kann ein weiteres (höheres) Zwangsgeld festgesetzt werden. Im Extremfall kann sogar eine Zwangshaft angeordnet werden.

Dem Anlagenbetreiber bleibt also nur, eine Baugenehmigung zu beantragen. Es ist jedoch keineswegs sicher, dass er sie bekommt. Wahrscheinlich ist vielmehr, dass die gewerbliche Nutzung im Außenbereich unzulässig ist.

⁴ Beschluss des OVG Münster vom 20.9.2010, Az. 7 B 985/2010, Tz. 4

⁵ a.a.O., Tz. 9 ff.

⁶ a.a.O., Tz. 15

⁷ a.a.O., Tz. 16

Vor diesem Hintergrund ist es durchaus möglich, dass es den Anlagenbetreiber die Existenz kostet: Wenn er keine Baugenehmigung bekommt, erzielt er keine Einnahmen mehr. Hat er die Anlage mit Kredit fremdfinanziert, so kann er den Kredit nicht bedienen.

III. Konsequenzen für andere Anlagenbetreiber

Es kann kaum im Sinne der Allgemeinheit sein, eine große Zahl von Anlagenbetreibern in den Ruin zu treiben. Von daher ist zu erwarten, dass der Beschluss des OVG Münster entweder eine Gesetzesänderung zur Folge hat oder dass entsprechende Verwaltungsanweisungen ergehen.

Ganz ohne Folgen wird der Beschluss des OVG jedoch nicht bleiben.

Derzeit sehe ich Handlungsbedarf in folgenden Konstellationen:

(1) Eine größere Photovoltaikanlage (mehr als 10 kWp) auf einem Wohnhaus

In diesem Fall sollte der Betreiber überprüfen, ob er eine Baugenehmigung erhalten kann und ggfs. einen Bauantrag stellen. Sehr problematisch sind die Fälle, in denen es sich um ein reines Wohngebiet handelt. Dann würde – so das OVG – eine der genehmigten Nutzung nicht dienende gewerbliche Nutzung in ein reines Wohngebiet hineingetragen.

(2) Eine größere Photovoltaikanlage (mehr als 10 kWp) auf einem öffentlichen Gebäude

Diese Fälle sind besonders pikant, weil die öffentliche Hand selbst beteiligt ist. Im Extremfall (Schulgebäude gehört einem Landkreis) ist sie gleichzeitig Vertragspartei und Genehmigungsbehörde! Auch in diesem Fall empfehle ich, sich nicht darauf zu verlassen, dass die Situation für alle Beteiligten zu unangenehm ist und sie deswegen nicht handeln werden. Auch ein Landkreis unterliegt der Aufsicht durch höhere Verwaltungsbehörden! Von daher sollte der Vertragspartner angesprochen werden.

(3) Eine größere Photovoltaikanlage auf einem landwirtschaftlichen Gebäude

In Fällen dieser Art sollte überprüft werden, ob es Sinn macht, eine Baugenehmigung zu beantragen. Das ist der Fall, wenn ein Bebauungsplan besteht, der eine gewerbliche Nutzung zulässt. Höchst problematisch sind Fälle wie der vom OVG entschiedene: Das Gebäude liegt im Außenbereich, so dass eine gewerbliche Nutzung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht genehmigt wird.

Keinen Handlungsbedarf sehe ich bei kleineren Anlagen (unter 10 kWp) auf einem Wohnhaus. In diesen Fällen kann so argumentiert werden, dass keine gewerbliche Nutzung und damit auch keine Nutzungsänderung vorliegt. In Konstellationen dieser Art erwarte ich auch, dass der Gesetzgeber oder der Verwaltung eingreifen und die Rechtsprechung des OVG Münster korrigieren werden.